



PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/85486>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

Het compromis van artikel 16 Tiende Richtlijn

Werknemersmedezeggenschap bij een grensoverschrijdende juridische fusie

F.G. Laagland

1 Inleiding

Op 15 juli 2008 zijn de artikelen 2:333b tot en met 2:333l aan het Burgerlijk Wetboek (BW) toegevoegd. Op grond hiervan kunnen Nederlandse kapitaalvennootschappen¹ juridisch fuseren met kapitaalvennootschappen uit andere EU- en EER-lidstaten.² Bij een grensoverschrijdende juridische fusie geschiedt de concentratie ofwel door het opslokken van een vennootschap uit een bepaalde lidstaat door een vennootschap uit een andere lidstaat, ofwel door het oprichten van een nieuwe vennootschap door vennootschappen uit verschillende lidstaten. Voordeel van een dergelijke fusie is dat de ene vennootschap het vermogen van de verdwijnende vennootschap(pen) onder algemene titel verkrijgt. De Nederlandse wetgeving omvat de implementatie van de Tiende Richtlijn betreffende grensoverschrijdende juridische fusies van kapitaalvennootschappen³ (hierna: Tiende Richtlijn). Ook voor 15 juli 2008 was een grensoverschrijdende juridische fusie wellicht al toegestaan op basis van het vestigingsrecht van artikel 49 VWEU, maar bestond onduidelijkheid over de voorwaarden waaronder dit mogelijk was.⁴ Daarnaast konden vennootschappen van het nv-type reeds grensoverschrijdend fuse-

- 1 Onder kapitaalvennootschappen vallen in beginsel ook coöperaties met een met kapitaalvennootschappen vergelijkbare financieringsstructuur. In Nederland vallen de nv, de bv en de in Nederland gevestigde S(C)E onder het toepassingsbereik van de Tiende Richtlijn.
- 2 De reikwijdte is beperkt tot kapitaalvennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat of een staat die deel uitmaakt van de EER (Noorwegen, Liechtenstein en IJsland) zijn opgericht én hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging in de EU of EER hebben. Voor een nadere uiteenzetting van de reikwijdte van de Tiende Richtlijn wordt verwezen naar: J.N. Schutte-Veenstra, 'Grensoverschrijdende fusie: rechtsvormen, voorwaarden en toepasselijk recht', *Ondernemingsrecht* 2010, 86 en E.R. Roelofs, 'Grensoverschrijdende juridische fusie', *Bb* 2010, 3.
- 3 Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen, *PbEU* L 310/1, laatstelijk gewijzigd door Richtlijn 2009/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009, *PbEU* L 259/14.
- 4 HvJ EG 13 december 2005, zaak C-411/03 (Sevic). Zie voor de onduidelijkheden ten aanzien van de reikwijdte en het toepassingsbereik van het Sevic-arrest: P.M. Storm, 'Cartesio: stapjes in de processie van Echternach', *Ondernemingsrecht* 2009, 79. Voor het Sevic-arrest was de algemene opvatting in de literatuur dat het Nederlandse recht een grensoverschrijdende juridische fusie niet toeliet.

ren tot een Europese nv (SE) en coöperaties tot een coöperatieve vennootschap (SCE).⁵

In deze bijdrage staat de werknemersmedezeggenschap in de Tiende Richtlijn centraal. De Tiende Richtlijn werd na een moeizaam proces van meer dan twintig jaar op 26 oktober 2005 door het Europees Parlement en de Raad aangenomen. Het belangrijkste knelpunt was de regeling inzake de vennootschappelijke medezeggenschap. Het probleem was dat deze vorm van werknemersmedezeggenschap aanknoopt bij de rechtsvorm van een vennootschap. Doordat niet alle lidstaten van de Europese Unie vennootschappelijke medezeggenschap kennen, of in zeer verschillende maten en vormen, kan bestaande medezeggenschap door een grensoverschrijdende juridische fusie worden gewijzigd of zelfs verdwijnen. Als gevolg van een grensoverschrijdende juridische fusie verdwijnen immers één of meerdere buitenlandse vennootschappen. Denk bijvoorbeeld aan een juridische fusie tussen een Nederlandse structuurvennootschap met een Engelse Ltd. Indien de statutaire zetel na de fusie in Engeland komt te liggen, vervalt daarmee de vennootschappelijke medezeggenschap van de Nederlandse werknemers doordat het Engelse recht dergelijke medezeggenschap niet kent. Vanwege de verschillende nationale regelingen binnen Europa bleek het lastig om voor deze problematiek een oplossing te vinden. Lidstaten met een hoog niveau van vennootschappelijke medezeggenschap, zoals Nederland en Duitsland, vreesden een verlies aan medezeggenschap, terwijl lidstaten zonder vennootschappelijke medezeggenschap, zoals Engeland en Italië, bang waren deze vorm van medezeggenschap in hun nationale rechtsstelsel te introduceren. Uiteindelijk is een compromis gevonden in artikel 16 Tiende Richtlijn. Dit artikel is vanwege alle daarin verwerkte schikkingen zeer gecompliceerd.

Deze bijdrage geeft een uiteenzetting van artikel 16 Tiende Richtlijn. Ik ga daarbij in op de knelpunten en probeer mogelijke oplossingen aan te dragen. Na eerst de systematiek van de Tiende Richtlijn toe te lichten (paragraaf 2), volgt een behandeling van de medezeggenschapsregeling. Hierbij wordt ingegaan op de hoofdregel en uitzonderingen (paragraaf 3), het alternatieve regime (paragraaf 4) en de antisimisbruikbepaling (paragraaf 5). Ik behandel tevens de implementatie in het Nederlandse en Duitse recht. Zoals gezegd, is artikel 16 Tiende Richtlijn in Nederland geïmplementeerd met artikel 2:333k BW.⁶ In Duitsland is dit gebeurd met het *Gesetz zur Umsetzung der Tegelungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten*

5 De juridische basis hiervan is respectievelijk Verordening 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE), PbEG L 294/1 en Verordening 1435/2003 van de Raad van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE), PbEG L 207/1.

6 Wet van 27 juni 2008 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de implementatie van Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (PbEU L 310), Stb. 2008, 260.

(hierna: MgVG).⁷ De rechtsvergelijking is relevant omdat de toepassing van artikel 16 Tiende Richtlijn wordt bestreken door het nationale (implementatie)recht van de lidstaat waar de uit de fusie ontstane vennootschap⁸ haar statutaire zetel vestigt. Het artikel sluit af met een conclusie (paragraaf 6).

2 Systematiek Tiende Richtlijn

De medezeggenschapsregeling uit de Tiende Richtlijn is geïnspireerd en gebaseerd op de SE-Richtlijn.⁹ De systematiek van beide richtlijnen is echter wezenlijk anders. Kenmerkend aan de SE is het supranationale karakter en de eigen rechtspersoonlijkheid. De Tiende Richtlijn sluit daarentegen zo veel mogelijk aan bij het nationale recht. Zo wordt de grensoverschrijdende fusie door elk van de fuseerende vennootschappen volgens de op haar toepasselijke nationale wetgeving afgehandeld.¹⁰ Dit volgt uit artikel 4 lid 1 (b) en lid 2 Tiende Richtlijn. Ook na voltooiing van de grensoverschrijdende fusie is aansluiting gezocht bij het nationale recht. De uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap is na de fusie een nationale vennootschap en is in beginsel onderworpen aan het nationale recht van de lidstaat waar de statutaire zetel wordt gevestigd (vestigingsland). Dit betekent dat ook de bestuursstructuur van de vennootschap afhankelijk is van het toepasselijke nationale recht. Anders dan bij de oprichting van de SE bestaat er voor de fusiepartners geen dwingendrechtelijke keuzemogelijkheid tussen een monistische of dualistische bestuursstructuur.

Ook de medezeggenschap is na de grensoverschrijdende fusie als hoofdregel onderworpen aan het nationale recht van het vestigingsland. Enkel in bijzondere situaties treedt een op de SE-Richtlijn gebaseerd regime in werking (hierna: alternatief regime). Wat onder medezeggenschap wordt verstaan, is in de Tiende Richtlijn niet gedefinieerd. In het algemeen wordt aangenomen dat de definitie van artikel 2 (k) SE-Richtlijn van overeenkomstige toepassing is.¹¹ Dit artikel verstaat onder medezeggenschap kort gezegd:

- 7 Gesetz zur Umsetzung der Tegelungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, Bundesgesetzblatt Teil I, 28 december 2006, p. 3332, laatstelijk gewijzigd door § 11 des Gesetzes vom 30. Juli 2009, Bundesgesetzblatt, Teil I, 4 August 2009, p. 2479.
- 8 Onder het begrip 'uit de fusie ontstane vennootschap' wordt in dit artikel zowel de verkrijgende als de nieuw opgerichte vennootschap verstaan.
- 9 Richtlijn 2001/86/EG van de Raad van 8 oktober 2001 tot aanvulling van het statuut van de Europese vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers, PbEG L 294/22.
- 10 Ten aanzien van de regels inzake interne juridische fusies heeft (minimum)harmonisatie plaatsgevonden op basis van Richtlijn 78/855/EEG van de Raad van 9 oktober 1979 betreffende fusie van naamloze vennootschappen, PbEG 295/36 (Derde Richtlijn), laatstelijk gewijzigd met richtlijn 2007/63 van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007, PbEU L 300/47.
- 11 Dit is in zowel de Nederlandse als de Duitse literatuur het geval. Zie voor Nederland: J. Roest, 'Grensoverschrijdende fusie en vennootschapsrechtelijke medezeggenschap', WPNR 2007, 6721 en voor Duitsland: B. Nagel, 'Das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen (MgVG)', NZG 2007, 2.

‘de invloed van het orgaan dat de werknemers vertegenwoordigt en/of van de werknemersvertegenwoordigers op de gang van zaken bij een vennootschap via: het recht om een aantal leden van het toezichthoudend of het bestuursorgaan van de vennootschap te kiezen of te benoemen of het recht om met betrekking tot een aantal of alle leden aanbevelingen te doen of bezwaar te maken’.

Het begrip medezeggenschap heeft in de Tiende Richtlijn een andere lading dan wat daar in Nederlandse context gewoonlijk onder wordt verstaan. Het beperkt zich tot de vennootschappelijke medezeggenschap. Voor Nederland valt te denken aan de structuurbevoegdheden uit het structuurregime (artikel 2:158/168 BW). Op grond hiervan heeft de ondernemingsraad een algemeen aanbevelingsrecht ten aanzien van alle en een versterkt aanbevelingsrecht ten aanzien van 1/3 van de leden van het toezichthoudend orgaan (raad van commissarissen). Hoewel artikel 2 (k) SE-Richtlijn in ruime zin spreekt over het doen van aanbevelingen, omvat de definitie mijns inziens enkel de aanbevelingsrechten met enig juridisch effect. Hierdoor valt het algemene aanbevelingsrecht niet en het versterkte aanbevelingsrecht wel onder de definitie. In paragraaf 3.4.2 wordt dit aspect nader uitgewerkt.

In Duitsland kenmerkt de vennootschappelijke medezeggenschap zich door het recht van werknemers tot benoeming van de leden van het toezichthoudend orgaan (Aufsichtsrat). In kapitaalvennootschappen met ten minste 500 werknemers bestaat dit recht ten aanzien van 1/3 van de leden (Drittelbeteiligungsgesetz) en in kapitaalvennootschappen vanaf 2000 werknemers ten aanzien van de helft van de leden (Mitbestimmungsgesetz). Ook voor kapitaalvennootschappen waarvan het voornaamste bedrijfsdoel is gelegen op het terrein van de productie van steenkool, bruinkool of ijzererts en die meer dan 1000 werknemers hebben, bestaat medezeggenschap ten aanzien van de helft van de leden van het toezichthoudend orgaan (Montan-Mitbestimmungsgesetz). Tot slot kent Duitsland de zogenoemde Arbeitsdirektor, die namens de werknemers zitting heeft in het leidinggevend orgaan.¹²

Voor de reikwijdte van het medezeggenschapsbegrip is van belang dat de SE-Verordening uitgaat van een toezichthoudend en leidinggevend orgaan (dualistische bestuursstructuur) of van een bestuursorgaan met uitvoerende en eventueel niet-uitvoerende leden (monistische bestuursstructuur).¹³ De definitie van artikel 2 (k) SE-Richtlijn sluit hierbij aan. Dit betekent dat de medezeggenschap in een dualistisch systeem plaatsvindt bij de benoeming van de leden van het toezichthoudende orgaan, en in een monistisch systeem bij de benoeming van de (niet-uitvoerende) leden van het bestuursorgaan.¹⁴ In aanvulling op de SE-Richtlijn

12 Zie § 33 Mitbestimmungsgesetz en § 13 Montan-Mitbestimmungsgesetz.

13 Artikel 38 SE-Verordening bepaalt dit ten aanzien van SE. Het is aannemelijk dat deze kwalificatie van bestuursstructuren ook geldt voor nationale vennootschappen in de zin van de Tiende Richtlijn, zodat het bestuursorgaan in een dualistische structuur met het begrip ‘leidinggevend orgaan’ moet worden aangeduid.

14 Zie ook: D.C. Buijs, ‘Gevolgen van de SE voor het structuurregime’ in: Timmermans (red), *De werknemer in het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 87-88.

schaart de Tiende Richtlijn onder medezeggenschap thans ook de medezeggenschap ten aanzien van het leidinggevende orgaan dat verantwoordelijk is voor de winstbepalende entiteiten van de vennootschap.¹⁵ In tegenstelling tot de SE-Richtlijn kan medezeggenschap in een dualistische structuur dus betrekking hebben op het toezichthoudende en/of het leidinggevende orgaan. Hetzelfde geldt bij een monistische structuur voor zover het bestuursorgaan bestaat uit uitvoerende en niet-uitvoerende leden. Zowel Nederland als Duitsland heeft verzuimd deze aanvulling op het medezeggenschapsbegrip te implementeren.¹⁶ Nu uit de parlementaire stukken niet blijkt dat de Duitse en Nederlandse wetgever bewust van de Tiende Richtlijn hebben afgeweken, acht ik correctie van de nationale regeling via richtlijnconforme interpretatie mogelijk.

De Tiende Richtlijn kent geen specifieke bepaling over de informatie- en consultatierechten van werknemers (ondernemingsrechtelijke medezeggenschap). Deze rechten worden geregeld in overeenstemming met het nationale recht.¹⁷ Dit is een versoepeling ten opzichte van de SE-Richtlijn, waar de informatie- en consultatierechten onderwerp van de onderhandelingen zijn. De ondernemingsrechtelijke medezeggenschap blijft in dit artikel verder buiten beschouwing.

- 15 Zie overweging 14 preambule Tiende Richtlijn. Deze aanvulling is op Fins initiatief in de Tiende Richtlijn opgenomen. Reden is dat in Finland de medezeggenschap betrekking kan hebben op zgn. 'management groups'. Deze aanvulling maakt in bredere zin duidelijk dat rekening moet worden gehouden met de bijzonderheden in het nationale medezeggenschapsrecht van de lidstaten, zodat ook de medezeggenschap ten aanzien van het bestuursorgaan in een dualistische structuur onder de Europese definitie van medezeggenschap valt. Een dergelijke uitleg is in lijn met het doel van de Tiende Richtlijn dat een behoud van medezeggenschap nastreeft.
- 16 Voor het Nederlandse recht verwijst artikel 2:333k lid 1 BW naar artikel 1:1 lid 1 WRW, waarin de beperktere definitie van artikel 2 (k) SE-Richtlijn is opgenomen en waarin is vermeld dat de medezeggenschap niet geldt voor de leden van het bestuursorgaan die overeenkomstig een onderlinge taakverdeling belast zijn met het uitvoerend bestuur. In het Duitse recht is de beperktere definitie van artikel 2 (k) SE-Richtlijn opgenomen in § 2 Abs. 7 MgVG.
- 17 Op dit gebied heeft minimumharmonisatie plaatsgevonden op basis van Richtlijn 2002/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2002 tot vaststelling van een algemeen kader betreffende informatie en raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap, PbEG 80/29 en Richtlijn 94/45/EG van de Raad van 22 september 1994 inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van de werknemers, PbEU 254/64, laatstelijk gewijzigd met Richtlijn 2009/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009, PbEU 122/28 (implementatietermijn verloopt op 5 juni 2011).

3 Medezeggenschap: hoofdregel en uitzonderingen

3.1 Hoofdregel

De Tiende Richtlijn kent in artikel 16 een specifieke regeling inzake medezeggenschap. Doel van de regeling is een uitholling van medezeggenschap te voorkomen.¹⁸ Op grond van de hoofdregel (lid 1) wordt de vraag naar medezeggenschap beheerst door het recht van de lidstaat waar de uit de fusie ontstane vennootschap haar statutaire zetel heeft. In tegenstelling tot het Duitse recht is de hoofdregel niet in het Nederlandse recht geïmplementeerd. Een motivering hiervoor ontbreekt, maar komt vermoedelijk door het feit dat deze regel reeds voortvloeit uit het in Nederland gehuldigde incorporatiestelsel.¹⁹

De hoofdregel heeft tot gevolg dat de uit de fusie ontstane Nederlandse vennootschap (niet zijnde een SE) is onderworpen aan medezeggenschap, mits het structuurregime van toepassing is. Dit is het geval indien de verkrijgende Nederlandse vennootschap voorafgaand aan de fusie reeds aan het structuurregime was onderworpen en na de fusie aan de materiële voorwaarden inzake minimumkapitaal en personeelsomvang blijft voldoen. Voor een verkrijgende of nieuw opgerichte Nederlandse vennootschap die eerst als gevolg van de fusie aan de materiële voorwaarden van het structuurregime voldoet, geldt op dat moment geen verplicht medezeggenschapsregime vanwege de inlooperperiode van drie jaar (artikel 2:154/164 BW). Uiteraard kunnen deze vennootschappen het structuurregime vrijwillig van toepassing verklaren (artikel 2:157/167 BW). Dit kan voordelig zijn om toepassing van het alternatieve regime te voorkomen. Ligt de statutaire zetel in Duitsland, dan geldt het Duitse medezeggenschapsrecht als en zodra de ontstane vennootschap daartoe kwalificeert.

En hoe zit het met een SE die als fusiepartner optreedt? Een SE is door haar transnationale structuur niet aan nationale medezeggenschapsregelingen onderworpen (artikel 13 lid 2 SE-Richtlijn). Een soortgelijke medezeggenschapsregeling kan wel door overeenkomst of referentievoorschriften gelden.²⁰ Dit betekent echter niet dat bij een SE als verkrijgende fusiepartner automatisch het alternatieve regime in werking treedt. Indien geen van de hierna te bespreken bijzondere situaties van lid 2 opgaat, is er mijns inziens geen uitholling van medezeggenschap. De SE blijft in dat geval na de fusie onderworpen aan het medezeggenschapsregime

18 In het voorstel voor een Tiende Richtlijn geeft de Commissie aan dat bij de medezeggenschapsregeling rekening is gehouden met de beginselen en oplossingen van de SE-Verordening en SE-Richtlijn, COM(2003)703, p. 3. Ook uit de Raadsdocumenten volgt dat het vrijwaren van verworven medezeggenschapsrechten aan de tekst van artikel 14 (thans artikel 16) Tiende Richtlijn ten grondslag ligt, Raadsdocument 10934/04, 30 juni 2004 (12.07). De literatuur gaat hier ook van uit. Zie: A.L. Hustinx & B.A. Spliet, 'Medezeggenschap bij grensoverschrijdende fusies', Arbeid Integraal 2008, 3 en Roest 2007.

19 Zie artikel 2 Wet conflictenrecht vennootschappen, dat voor het toepasselijke recht aansluit bij de statutaire zetel.

20 Ook in dat geval is de SE niet aan het nationale medezeggenschapsrecht onderworpen, maar kent de SE een eigen medezeggenschapsstructuur die in de statuten is neergelegd en los van het nationale recht bestaat. Anders: H.J. de Kluiver, 'Een vennootschap in wording', in: H.J. de Kluiver (red.), De Europese vennootschap (SE), preadvies van de vereniging 'handelsrecht', Rotterdam: Kluwer 2004, p. 33.

dat in een voorkomend geval voor de fusie op deze vennootschap van toepassing was. Uiteraard moet wel altijd over de medezeggenschap worden onderhandeld als de SE met een buitenlandse kapitaalvennootschap een nieuwe SE opricht. In dat geval wordt de grensoverschrijdende fusie niet door de Tiende Richtlijn, maar door de SE-Verordening beheerst.²¹

3.2 *Twee of drie uitzonderingen?*

De hoofdregel kan leiden tot uitholling van medezeggenschap. Dit is het geval indien de verdwijnende vennootschap(pen) medezeggenschap kent (kennen) en het vestigingsland niet of in mindere mate. Denk daarbij aan het in de inleiding genoemde voorbeeld van een fusie tussen een Nederlandse structuurvennootschap en een Engelse Ltd, waarbij de uit de fusie ontstane vennootschap in Engeland wordt gevestigd. Tegen deze achtergrond beoogt de Tiende Richtlijn een zekere waarborg te bieden tot het behoud van bestaande medezeggenschapsrechten. Artikel 16 lid 2 Tiende Richtlijn noemt een aantal uitzonderingen op de hoofdregel. Indien een van deze uitzonderingen opgaat, ontstaat – kort gezegd – de verplichting tot onderhandelen en wordt de medezeggenschap geregeerd door referentieregels als partijen er niet uitkomen. Artikel 16 (2) is als volgt geredigeerd:

‘(...) indien ten minste één van de fuserende vennootschappen in de zes maanden voorafgaand aan bekendmaking van het voorstel voor een grensoverschrijdende fusie als bedoeld in artikel 6 gemiddeld meer dan 500 werknemers heeft en werkt met een stelsel van werknemersmedezeggenschap in de zin van artikel 2, onder k), van de Richtlijn 2001/86/EG, of [cursivering FL] indien de nationale wetgeving van toepassing op de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap, niet

- a) voorziet in ten minste hetzelfde niveau van werknemersmedezeggenschap dat van toepassing is in de betrokken fuserende vennootschappen, gemeten naar het werknemersaantal in het toezichthoudend of het bestuursorgaan, in de commissies van die organen of in het leidinggevend orgaan dat verantwoordelijk is voor de winstbepalende entiteiten van de vennootschap, of
- b) voorschrijft dat werknemers van in andere lidstaten gelegen vestigingen van de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap hetzelfde recht tot uitoefening van medezeggenschapsrechten hebben als de werknemers in de lidstaat waar de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap haar statutaire zetel heeft.’

Het is de vraag hoe vorenstaande tekst moet worden uitgelegd. Gaat het om twee of drie uitzonderingen? De tekst komt overeen met de door de Raad voorgestelde

21 Anders: D.F.M.M. Zaman, G.C. van Eck & E.R. Roelofs, Nationale en grensoverschrijdende juridische fusie & juridische splitsing van kapitaalvennootschappen, een praktische civielrechtelijke analyse, Den Haag: SDU Uitgevers bv 2009, p. 180.

compromistekst uit 2004.²² Hoe de Raad de tekst heeft bedoeld, blijkt niet uit de parlementaire stukken. In de Nederlandse literatuur wordt in het algemeen uitgegaan van drie uitzonderingen.²³ In die uitleg behelst de eerste uitzondering de situatie dat een van de fuserende vennootschappen > 500 werknemers heeft en werkt met een stelsel van werknemersmedezeggenschap. De tweede en derde uitzondering behelzen de situaties onder (a) en (b). Voornaamste argument voor deze uitleg is dat in artikel 16 (2) tussen de hoofdtekst en uitzondering (a) en (b) het woordje 'of' is opgenomen (zie de dikgedrukte 'of' in de hiervoor geciteerde tekst). In de Duitse literatuur is daarentegen wel gesteld dat de eis van 500 werknemers als algemene drempelvoorwaarde geldt voor de situaties onder (a) en (b).²⁴ Hiervoor wordt verwezen naar de opmaak van artikel 16 lid 2 Tiende Richtlijn. Een ander argument voor deze uitleg is dat het 500-criterium als afzonderlijke eerste uitzondering geen meerwaarde heeft ten opzichte van de uitzondering van artikel 16 lid 2 (a)²⁵ en enkel het doel van de Tiende Richtlijn voorbijschiet. Het volgende voorbeeld illustreert dit:

Een Nederlandse structuurvennootschap met 800 werknemers (verdwijnende vennootschap) fuseert met een Engelse Ltd (verkrijgende vennootschap). De eerste uitzondering treedt in werking. Daarnaast zou ook de uitzondering onder (a) van toepassing zijn, nu het Engelse recht geen medezeggenschap kent en dus niet voorziet in ten minste hetzelfde niveau van medezeggenschap dat voorafgaand aan de fusie bestond bij de Nederlandse vennootschap. Draaien we de situatie om en treedt de Nederlandse structuurvennootschap op als verkrijgende partij, dan gaat de uitzondering onder (a) niet op. Dit is ook niet nodig, daar het niveau van medezeggenschap hetzelfde blijft en van uitholling geen sprake is. Desondanks treedt de eerste uitzondering in werking; de Nederlandse structuurvennootschap heeft immers > 500 werknemers en een medezeggenschapssysteem.

Ook het Parlement lijkt de eis van > 500 werknemers als algemene drempelvoorwaarde te beschouwen. Het Parlement heeft het door de Raad gedane compromisvoorstel uit november 2004²⁶ in eerste lezing overgenomen. In het verslag van de

22 Raad van de Europese Unie, 2624e zitting van de Raad Concurrentievermogen (Interne markt, Industrie en Onderzoek) op 25 en 26 november 2004, C/04/323, 14687/04 (presse 323), p. 18.

23 Zie o.a.: M. Pannier, 'The EU Cross Border Merger Directive - A new dimension for employee participation and company restructuring', EBLR 2005, 16; P.A.M. Witteveen, 'Medezeggenschap en Europese rechtsvormen', Ondernemingsrecht 2009, 32. Anders: J.D.M. Schoonbrood & R. Bosveld, 'Richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen definitief in werking getreden', Ondernemingsrecht 2006, 5.

24 H.M. Kleinhenz, Die grenzüberschreitende Verschmelzung unter Beteiligung deutscher Unternehmen nach Umsetzung der Richtlinie 2005/56/EG (diss. Köln), Taunusstein: Driessen GmbH 2008, p. 325, en C. Schubert, 'Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitender Verschmelzung', RdA 2007, Heft 1, p. 10.

25 In de literatuur wordt er terecht van uitgegaan dat de uitzondering van artikel 16 lid 2 (a) Tiende Richtlijn ook van toepassing is op vennootschappen met > 500 werknemers.

26 Nota van het secretariaat-generaal van de Raad van de Europese Unie 26 november 2004 (16.01), 15315/04.

Commissie juridische zaken van 25 april 2005 wordt het standpunt van de Raad als volgt verwoord:

‘In principe geldt voor de door grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap de regeling voor medezeggenschap van het land van vestiging van de nieuwe vennootschap. In afwijking van het voorstel van de Commissie geldt dit beginsel niet als het recht dat voor de nieuwe vennootschap geldt, niet tenminste voorziet in hetzelfde niveau van medezeggenschap als bij de deelnemende vennootschappen bestond, of indien de op de nieuwe vennootschap van toepassing zijnde wetgeving de werknemers in de bedrijven van de nieuwe vennootschap die zich in andere lidstaten bevinden, niet voorziet in dezelfde aanspraak op uitoefening van medezeggenschapsrechten als bestaat voor de werknemers in het land van vestiging van de vennootschap. In dergelijke gevallen is de medezeggenschap van werknemers in de nieuw opgerichte vennootschap onderwerp van onderhandelingen naar het voorbeeld van het Statuut van de Europese Vennootschap en de richtlijn betreffende de Europese Vennootschap, indien in één van de aan de fusie deelnemende vennootschappen gemiddeld meer dan 500 werknemers in dienst waren en indien bij deze vennootschap een stelsel van medezeggenschap van werknemers bestond.’²⁷

Op grond van het vorenstaande is discutabel of het 500-criterium is bedoeld als algemene drempelvoorwaarde of als afzonderlijke uitzondering. Zowel de Nederlandse als Duitse implementatiewet gaat uit van een afzonderlijke eerste uitzondering. Ik sluit me hierbij aan. Hoewel er argumenten zijn om te stellen dat de eis van > 500 werknemers als drempelvoorwaarde is bedoeld, acht ik de kans gering dat het Hof van Justitie in die lijn zal oordelen. Doorslaggevend acht ik de volgende twee argumenten. Allereerst laat het woordje ‘of’ in de tekst van het artikel niets aan duidelijkheid te wensen over, zodat een andere uitleg niet voor de hand ligt. Ten tweede is de Tiende Richtlijn voornamelijk bedoeld voor het midden- en kleinbedrijf en is het in dat licht niet logisch dat deze doelgroep buiten het toepassingsbereik van de uitzonderingen zou zijn gebracht. In het vervolg van dit artikel wordt dan ook uitgegaan van drie uitzonderingen.

3.3 Uitzondering 1

De eerste uitzondering behelst de situatie waarin een van de fuserende vennootschappen gemiddeld meer dan 500 werknemers heeft in de zes maanden voorafgaand aan de bekendmaking van het voorstel voor een grensoverschrijdende fusie (in Nederland in het Staatsblad) én deze vennootschap werkt met een stelsel van medezeggenschap als bedoeld in artikel 2 (k) SE-Richtlijn. Voldoende is dat een van de fuserende vennootschappen voldoet aan beide vereisten (dubbel criterium).

27 Verslag van de Commissie juridische zaken van het Parlement over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen d.d. 25 april 2005, A6-0089/2005, p. 37.

Door uit te gaan van een gemiddelde over zes maanden voorafgaand aan de bekendmaking van het fusievoorstel wordt handig gebruik of geschuif met werknemers kort voor de grensoverschrijdende fusie voorkomen. Vraag is echter welke werknemers meetellen voor het 500-criterium. De Tiende Richtlijn heeft het over de werknemers bij de *fuserende vennootschappen*. Ook de Engelse versie gaat uit van *merging companies*. Dit begrip wordt niet gedefinieerd en wijkt af van het begrippenarsenaal van de SE-Richtlijn.²⁸ De Nederlandse wetgever heeft het begrip *fuserende vennootschappen* zonder motivering in artikel 2:333k BW overgenomen. De Duitse versie van de Tiende Richtlijn alsook de Duitse implementatiewet sluiten daarentegen aan bij het uit de SE-Richtlijn bekende begrip *beteiligten Gesellschaften*, dat wil zeggen de rechtstreeks aan de fusie deelnemende vennootschappen. Hieronder vallen dus niet de betrokken dochtervennootschappen en buitenlandse vestigingen. Ook in de Nederlandse literatuur wordt hiervan uitgegaan.²⁹ Ik sluit mij hierbij aan. Een dergelijke uitleg strookt met de in de SE-Richtlijn gehanteerde drempeltoetsen³⁰ en de beperkte rol die werknemers van betrokken dochtervennootschappen en buitenlandse vestigingen³¹ spelen in de Tiende Richtlijn.

Wie werknemer is, wordt in de Tiende Richtlijn niet bepaald. Ook de SE-Richtlijn gaat daar niet op in, maar laat dit over aan de lidstaten. Het is aannemelijk dat dit ook geldt voor het werknemersbegrip in de Tiende Richtlijn. Dit houdt in dat het antwoord op de vraag hoeveel werknemers bij de fuserende (deelnemende) vennootschap werkzaam zijn, wordt bepaald aan de hand van het recht van de lidstaat waar de betreffende persoon voor de grensoverschrijdende fusie werkzaam is. Het werknemersbegrip zal dus qua reikwijdte per rechtsstelsel (kunnen) verschillen.

Naast het 500-criterium is voor de toepasselijkheid van uitzondering 1 vereist dat de fuserende vennootschap werkt met een stelsel van medezeggenschap. Verwezen wordt naar artikel 2 (k) SE-Richtlijn. Hoewel niet expliciet genoemd, valt hieronder ook een stelsel dat uitgaat van medezeggenschap ten aanzien van het leidinggevend orgaan. Of er binnen de fuserende vennootschap een medezeggen-

28 De SE-Richtlijn spreekt over deelnemende vennootschappen indien het gaat om vennootschappen die rechtstreeks deelnemen aan de oprichting van een SE en over een betrokken dochteronderneming of vestiging indien ook de dochterondernemingen en buitenlandse vestigingen van de deelnemende vennootschappen bepalend zijn.

29 Zaman, Van Eck & Roelofs 2009, p. 207 en Roest 2007.

30 Zie artikel 3 lid 4 (tweede alinea) en artikel 7 lid 2 (b) SE-Richtlijn, waar in beide artikelen voor het percentage van 25% slechts wordt gekeken naar de werknemers van de deelnemende (rechtstreeks bij de grensoverschrijdende fusie betrokken) vennootschappen. Uit het rapport van de Commissie over de herziening van de SE-Richtlijn blijkt dat door sommige lidstaten en de ETUC is opgemerkt dat de SE-Richtlijn ten onrechte geen rekening houdt met de medezeggenschap in concernverband, COM(2008)591, p. 7.

31 Hoewel werknemers werkzaam bij buitenlandse vestigingen wel in dienst zijn bij de deelnemende vennootschap, tellen zij niet mee voor het 500-criterium. In het begrippenarsenaal van de SE-Richtlijn is een onderscheid gemaakt tussen deelnemende vennootschappen en betrokken dochterondernemingen en vestigingen (bedoeld is buitenlandse vestigingen). Het zou ook niet logisch zijn indien werknemers van buitenlandse vestigingen zouden meetellen nu deze werknemers in beginsel niet zijn onderworpen aan het medezeggenschapsregime dat op de betreffende deelnemende vennootschap van toepassing is.

schapsregeling bestaat, wordt beoordeeld aan de hand van de feitelijke situatie. De medezeggenschap hoeft dus niet wettelijk te zijn bepaald, maar kan ook in de statuten zijn overeengekomen of vrijwillig zijn toegepast.³² Een andere uitleg zou tot gevolg hebben dat de medezeggenschapsregeling van een SE buiten het toepassingsbereik zou vallen. En hoe zit het met een van het structuurregime uitgezonderde Nederlandse afhankelijke vennootschap die als fusiepartner optreedt? Hoewel de werknemers van deze vennootschap invloed hebben op de samenstelling van de raad van commissarissen van de moedervennootschap, werkt de afhankelijke vennootschap zelf niet met een stelsel van medezeggenschap als bedoeld in uitzondering 1. De afhankelijke vennootschap wordt in het kader van de Tiende Richtlijn dan ook beschouwd als zijnde medezeggenschapsvrij, zodat de medezeggenschapsrechten van de werknemers ten aanzien van de moedervennootschap komen te vervallen indien de statutaire zetel na de fusie in bijvoorbeeld Engeland wordt gevestigd. Dit probleem doet zich in Duitsland niet voor, aangezien Duitse afhankelijke vennootschappen in beginsel ook zelf aan medezeggenschap zijn onderworpen indien aan de wettelijke voorwaarden is voldaan.³³

3.4 Uitzondering 2

3.4.1 Het 'voor en na-beginsel'

De tweede uitzondering is neergelegd in artikel 16 lid 2 (a) Richtlijn en is afgeleid van het 'voor en na-beginsel' van de SE-Richtlijn. Uitzondering 2 treedt in werking indien het recht van het vestigingsland van de uit de fusie ontstane vennootschap niet ten minste hetzelfde niveau van medezeggenschap kent als dat geldt in de betrokken fuserende vennootschappen. Hoewel artikel 16 lid 2 (a) Tiende Richtlijn spreekt over 'betrokken fuserende vennootschappen', is aannemelijk dat ook hier is gedoeld op de deelnemende vennootschappen.³⁴

Om te bepalen of een grensoverschrijdende fusie valt onder uitzondering 2 moet het medezeggenschapsniveau voorafgaand aan de fusie worden gewogen met het medezeggenschapsniveau van het vestigingsland. De meting vindt plaats naar het werknemersaantal in het toezichthoudende of het bestuursorgaan, in de commissies van die organen of in het leidinggevend orgaan dat verantwoordelijk is voor de winstbepalende entiteiten van de vennootschappen. Het woord *werknemersaantal* wekt de indruk dat de werknemers zelf deel moeten uitmaken van de genoemde organen. Dit lijkt mij niet beoogd. Indien wordt gekeken naar andere vertalingen van de Tiende Richtlijn, blijkt dat de Engelse tekst het heeft over *employee representatives* en de Duitse over *die Arbeitnehmer vertretenden Mitglieder*. Deze begrippen zijn in de SE-Richtlijn vertaald naar werknemersvertegen-

32 COM(2003)702, p. 7.

33 T. Raiser & R. Veil, *Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz* (Kommentar), Berlin; De Gruyter Recht 2009, p. 128.

34 De toevoeging 'betrokken' suggereert dat de Europese wetgever iets anders heeft bedoeld dan de onder uitzondering 1 genoemde fuserende vennootschappen. Toch meen ik dat dit niet het geval is, aangezien medezeggenschap die elders binnen het concern bestaat maar gedeeltelijk is te herkennen in de Tiende Richtlijn en ik niet inzie waarom de Europese wetgever bij deze uitzondering hiervan zonder nadere motivering zou zijn afgeweken.

woordigers in plaats van werknemersaantal.³⁵ Deze vertaling doet vermoeden dat de medezeggenschap resulteert in vertegenwoordigers die zich specifiek richten op het belang van werknemers. In de Duitse literatuur wordt hiervan uitgegaan.³⁶ Dit is echter lang niet altijd het geval. In Nederland bijvoorbeeld, worden de leden van de raad van commissarissen, ook de leden ten aanzien van wie medezeggenschap bestaat, geacht onafhankelijk te zijn. Ook deze medezeggenschap heeft de Tiende Richtlijn op het oog.³⁷ Met Schoonbrood en Bosveld³⁸ ben ik van oordeel dat is bedoeld 'het aantal personen dat door de werknemers(vertegenwoordigers) is gekozen of benoemd of waartegen met betrekking tot de benoeming aanbeveling is gedaan of bezwaar is gemaakt.'

Een ander punt is de aard van de vergelijking: is deze kwalitatief of kwantitatief? De medezeggenschap van werknemers kan bestaan uit een recht tot benoeming, aanbeveling en/of bezwaar (vormen).³⁹ Ten aanzien van de SE-Richtlijn is de algemene opvatting dat deze vormen van medezeggenschap voor de meting aan elkaar gelijk zijn gesteld.⁴⁰ Deze leer staat bekend als de *hoogste aantal-doctrine*. Ook de Tiende Richtlijn gaat in artikel 16 (2) (a) uit van *measured by reference to the proportion of employee representatives*, hetgeen duidt op een meting naar het numerieke aantal personen.⁴¹ Dit systeem kent het voordeel van de eenvoud en komt tegemoet aan de rechtszekerheid. Daar staat tegenover dat het geen garantie biedt dat het resultaat daadwerkelijk het hoogste niveau van medezeggenschap betreft. Zo gaat een groter aantal aanbevelingsrechten vóór een kleiner aantal rechtstreekse benoemingsrechten, terwijl de laatste variant in het algemeen een sterkere vorm van medezeggenschap behelst.

3.4.2 Medezeggenschapsniveaus van Nederland en Duitsland

In artikel 2:333k lid 2 (b) BW is bepaald dat uitzondering 2 opgaat indien bij een van de fuserende (dat wil zeggen deelnemende) vennootschappen een medezeggenschapsregeling geldt en op de Nederlandse verkrijgende vennootschap het structuurregime *niet* van toepassing is. De Nederlandse wetgever huldigt hiermee het standpunt dat het algemene aanbevelingsrecht ten aanzien van alle leden van

35 Roest 2007 is van mening dat deze vertaling ook geldt voor uitzondering 2.

36 Zie o.a.: B. Nagel 2007, p. 58 en Schubert 2007, p. 10.

37 Artikel 2 (k) SE-Richtlijn stelt niet de eis dat de werknemersvertegenwoordigers daadwerkelijk als vertegenwoordigers van de werknemers in het toezichthoudende of bestuursorgaan moeten deelnemen en daarbij specifiek het werknemersbelang moeten vertegenwoordigen. Het is niet aannemelijk dat hiervan zonder motivering in uitzondering 2 is afgeweken.

38 Schoonbrood & Bosveld 2006.

39 Zie artikel 2 (k) SE-Richtlijn. Tevens is irrelevant of de invloed betrekking heeft op het toezichthoudende of leidinggevende orgaan.

40 Belangrijkste reden is dat de definitie inzake medezeggenschap tussen de verschillende vormen geen onderscheid maakt. Zie o.a.: P.A.M. Witteveen, 'De Europese vennootschap en de rol van werknemers' in: H.J. Kluiver, S.H.M.A. Dumoulin & P.A.M. Witteveen (red.), *De Europese vennootschap, preadvies van de vereniging 'handelsrecht'*, Rotterdam: Kluwer 2004, p. 166, en R.H. van het Kaar, 'De Europese vennootschap en de medezeggenschap', SR 2003.

41 In gelijke zin: F.O. Behrens, 'Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach der Richtlinie 2005/56/EG (Verschmelzungsrichtlinie)', Göttingen: Cuvillier 2007, p. 185.

de raad van commissarissen in het structuurregime het qua niveau altijd wint.⁴² Ik betwijfel of deze opvatting stand houdt indien bij de Nederlandse verkrijgende vennootschap de medezeggenschapsrechten in de statuten op een lager niveau dan het wettelijke zijn vastgesteld op grond van artikel 2:158/168 lid 12 BW en de buitenlandse fusiepartner een hogere mate van medezeggenschap kent.

Daarnaast vraagt Roest zich af of het versterkte aanbevelingsrecht niet de basis moet zijn voor de weging, aangezien het algemene aanbevelingsrecht slechts een krachteloos recht betreft.⁴³ Ik sluit mij hierbij aan. Hoewel een ruime interpretatie van medezeggenschap gezien de diversiteit aan nationale regelingen verdedigbaar is, meen ik dat de Europese wetgever zich heeft gericht op medezeggenschapsrechten met enig juridisch c.q. nuttig effect. In artikel 2 (k) SE-Richtlijn wordt onder medezeggenschap verstaan 'de invloed van het orgaan (...) op de gang van zaken bij de vennootschap via (...)'. Invloed impliceert het vermogen om effect op de besluitvorming uit te oefenen en vereist 'tanden'. Het Nederlandse algemene aanbevelingsrecht omvat feitelijk niet meer dan het recht een standpunt toe te lichten en valt daarmee feitelijk binnen de definitie van raadpleging (artikel 2 (j) SE-Richtlijn). Dat de Nederlandse wetgever dit recht kwalificeert als aanbevelingsrecht, doet hier niet aan af. Niet de kwalificatie, maar het feitelijke effect van het recht acht ik doorslaggevend. Een andere uitleg biedt lidstaten de mogelijkheid het medezeggenschapsbegrip eenvoudig te manipuleren. Het argument dat de Europese wetgever met het aanbevelingsrecht in artikel 2 (k) SE-Richtlijn juist het huidige Nederlandse systeem op het oog had, acht ik weinig overtuigend. Ten tijde van de totstandkoming van de SE-Richtlijn was het algemene aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad immers nog verbonden aan een bindend bezwaarrecht.⁴⁴ Overigens gaan ook de Europese rapporten voor de Nederlandse medezeggenschap uit van het versterkte aanbevelingsrecht.⁴⁵

En hoe zit het met het adviesrecht ex artikel 30 Wet op de ondernemingsraden (WOR) en het op 1 juli 2010 in werking getreden spreekrecht voor zover dat ziet op de benoeming van bestuurders en/of commissarissen?⁴⁶ In beide gevallen heeft de (centrale) ondernemingsraad het recht bezwaar te maken tegen een benoemingsbesluit. Desondanks meen ik dat beide rechten geen Europese medezeggenschap zijn. Over het adviesrecht ex artikel 30 WOR kan ik kort zijn. Dit adviesrecht is van de rechtsvorm ónafhankelijk en wordt zodoende niet bedreigd door een grensoverschrijdende juridische fusie. Alleen al om die reden is het geen

42 Kamerstukken II 2006/07, 30 9292, nr. 7 (nota naar aanleiding van het verslag), p. 20.

43 Roest 2007.

44 Voor 2004 was het aanbevelings/bezwaarrecht ten aanzien van de benoeming van de leden van de RvC neergelegd in artikel 2:158 BW (oud). De OR had het recht bezwaar te maken tegen een door de RvC voorgenomen (her)benoeming. Indien de RvC tegen het bezwaar in de benoeming wilde doorzetten, moest hij zich wenden tot de Ondernemingskamer met het verzoek het bezwaar ongegrond te verklaren.

45 N. Kluge & M. Stollt, 'The European Company – Prospects for worker board-level participation in the enlarged EU', Brussel: SDA en Etui-REHS 2006, p. 85.

46 Het spreekrecht geldt o.a. ten aanzien van de benoeming van bestuurders en commissarissen van nv's (artikel 2:134a en 2:144a BW). Indien een nv valt onder het structuurregime, geldt het spreekrecht slechts ten aanzien van de benoeming van commissarissen (artikel 2:158 lid 4 BW).

medezeggenschap in de zin van de Tiende Richtlijn.⁴⁷ Dit argument gaat niet op voor het spreekrecht. Het spreekrecht knoopt aan bij de rechtsvorm van een vennootschap en kan door een grensoverschrijdende fusie wijzigen of zelfs verdwijnen. Toch valt het spreekrecht mijns inziens niet onder de Europese definitie van medezeggenschap, aangezien de mogelijkheid tot het maken van bezwaar – net als het algemene aanbevelingsrecht – feitelijk niet meer omvat dan het geven van een opinie over een voorgenomen benoemingsbesluit. Indien (anders dan ik meen) wordt aangenomen dat het algemene aanbevelingsrecht wel Europese medezeggenschap betreft en de Europese wetgever dus ook de aanbevelings- en bezwaarrechten zonder enig juridisch effect onder de definitie schaaft, valt mijns inziens niet te verdedigen dat het spreekrecht buiten het toepassingsbereik valt.⁴⁸ Niet alleen in Nederland maar ook in Duitsland roept de kwalificatie van het begrip medezeggenschap vragen op. Geen twijfel bestaat over de benoemingsrechten ten aanzien van de leden van het toezichthoudend orgaan (de Aufsichtsrat); dat is medezeggenschap in de zin van de Tiende Richtlijn. Minder duidelijk is de positie van de Arbeitsdirektor, die op grond van § 33 Mitbestimmungsgesetz en § 13 Montan-Mitbestimmungsgesetz namens de werknemers in het leidinggevende orgaan actief is. In de Duitse literatuur wordt deze invloed op het leidinggevende orgaan niet als medezeggenschap beschouwd. Reden is dat de Arbeitsdirektor door de voltallige Aufsichtsrat wordt benoemd, dus ook door de leden die niet zijn onderworpen aan de Duitse vorm van vennootschappelijke medezeggenschap.⁴⁹ Deze redenering gaat echter niet op voor de Arbeitsdirektor op grond van het Montan-Mitbestimmungsgesetz, nu deze wet aan de werknemersvertegenwoordigers in de Aufsichtsrat een veto toekent (recht tot bezwaar dat juridisch effect kan sorteren).⁵⁰ Toch wordt ook deze invloed op het bestuursorgaan niet als medezeggenschap beschouwd. Belangrijkste argument is dat de Arbeitsdirektor na zijn benoeming de gehele vennootschap vertegenwoordigt en niet enkel het werknemersbelang.⁵¹ Dit argument acht ik – om hiervoor genoemde redenen – niet houdbaar. Zou het wel zo zijn, dan zou ook het verstrekte aanbevelingsrecht uit het structuurregime geen medezeggenschap zijn. Hierdoor rijst wel de vraag hoe Duitsland het Nederlandse versterkte aanbevelingsrecht zal kwalificeren bij een Nederlands-Duitse fusie met Duitsland als vestigingsland. Vanwege de verschillende tradities op het gebied van medezeggen-

47 Ook ten aanzien van de SE-Richtlijn wordt het adviesrecht ex artikel 30 WOR niet gerekend tot medezeggenschap. Belangrijkste argument in de literatuur en het SER-advies 03/08 is dat het adviesrecht ex artikel 30 WOR ziet op de bestuurder in de zin van de WOR en daardoor volstrekt willekeurig werkt (de bestuurder hoeft niet lid te zijn van het bestuursorgaan). Wat hiervan ook zij, met de uitbreiding van de medezeggenschap tot het leidinggevend orgaan gaat dit argument voor de Tiende Richtlijn niet op. Desondanks is het adviesrecht ex artikel 30 WOR geen medezeggenschap in de zin van de Tiende Richtlijn om de in de hoofdttekst genoemde reden.

48 Het spreekrecht omvat immers een recht van werknemersvertegenwoordigers tot het maken van bezwaar tegen benoemingsbesluiten en is verbonden aan de rechtsvorm van een vennootschap.

49 Kleinhenz 2008, p. 328 en Schubert 2007, p. 11.

50 Het vetorecht van de werknemersvertegenwoordigers heeft nuttig c.q. juridisch effect en kwalificeert zich zodoende als een recht tot bezwaar in de zin van de Europese definitie van medezeggenschap.

51 Schubert 2007, p. 11.

schap verwacht ik echter dat de Duitse rechtspraktijk aansluiting zal zoeken bij de Nederlandse opvatting dat (sowieso) het verstrekte aanbevelingsrecht medezeggenschap betreft.

3.5 Uitzondering 3

De derde en laatste uitzondering ziet op de situatie dat het recht van het vestigingsland niet voorschrijft dat werknemers van buitenlandse vestigingen hetzelfde recht tot uitoefening van medezeggenschap hebben als de werknemers in de lidstaat waar de uit de fusie ontstane vennootschap haar statutaire zetel heeft. Hoewel dit niet uit de tekst blijkt, is vereist dat de uit de fusie ontstane vennootschap in het vestigingsland aan een medezeggenschapsregeling is onderworpen.⁵² Dit wordt ondersteund door overweging 13 preambule Tiende Richtlijn.

Uitzondering 3 is zeer ruim geformuleerd. Hoewel uit de Europese wetsgeschiedenis blijkt dat deze uitzondering oorspronkelijk moest voorkomen dat werknemers van verdwijnende vennootschappen hun medezeggenschap zouden verliezen,⁵³ is op een later moment expliciet aangegeven dat uitzondering 3 discriminatie tussen werknemers beoogt te voorkomen.⁵⁴ Als gevolg is voor de toepassing van uitzondering 3 irrelevant of de werknemers voorafgaand aan de fusie recht hadden op medezeggenschap. Tevens doet niet ter zake of de buitenlandse vestiging door de fusie is ontstaan (verdwijnende vennootschap) of reeds voor de fusie als buitenlandse vestiging bestond.⁵⁵ Door Denemarken en Luxemburg is aangegeven dat uitzondering 3 hiermee aan het algemene doel van de Tiende Richtlijn (behoud van bestaande medezeggenschap) voorbijschiet. Dit argument is door de andere lidstaten verworpen met verwijzing naar het voornoemde specifieke doel van de uitzondering.

De Nederlandse wetgever geeft overigens een geheel eigen interpretatie aan uitzondering 3. Volgens de Nederlandse wetgever wordt aan deze uitzondering niet toegekomen indien op de verkrijgende vennootschap het structuurregime van toepassing is.⁵⁶ Hierdoor was het onnodig uitzondering 3 te implementeren. De PvdA-fractie in de Tweede Kamer⁵⁷ en de CDA-fractie in de Eerste Kamer⁵⁸ hebben hierover aan de minister van Justitie vragen gesteld. Beide fracties voerden aan dat de Nederlandse structuurregeling geen medezeggenschap aan buitenlandse werknemers toekent en dus geïmplementeerd moest worden. De reactie van de minister kenmerkt zich door vaagheden. Begrijp ik het goed, dan beschouwt hij uitzondering 2 en 3 als zijnde niet cumulatief; er zou een keuze

52 Alleen dan wordt immers de medezeggenschap bedreigd. Ook in de Duitse literatuur wordt hiervan uitgegaan, zie o.a.: J. Heuschmid, 'Unternehmensmitbestimmung nach der Richtlinie zur grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften', Aur 2006, Heft 6, p. 187.

53 Raadsdocument 14060/04, 29 oktober 2004, p. 7.

54 Verslag van de Groep sociale vraagstukken van de Raad van de Europese Unie 30 juni 2004 (12.07), 10934/04, p. 9.

55 In gelijke zin: Heuschmid 2006, p. 187.

56 Kamerstukken II 2006/07, 30 929, nr. 3 (MvT), p. 23-24.

57 Kamerstukken II 2006/07, 30 929, nr. 6 (verslag), p. 8.

58 Kamerstukken I 2007/08, 30 929, nr. B, p. 6.

zijn.⁵⁹ Deze redenering gaat mank. Niet alleen is tussen uitzondering 2 en 3 in de Tiende Richtlijn het woordje 'of' opgenomen, maar daarnaast zijn beide uitzonderingen gericht op een ander soort bescherming. In tegenstelling tot Nederland heeft Duitsland de derde uitzondering overigens wel geïmplementeerd. Daarbij valt op dat de Duitse wetgever in de memorie van toelichting opmerkt dat deze uitzondering zich vaak zal voordoen vanwege het territorialiteitsbeginsel van het Duitse medezeggenschapsrecht. Dit geldt mijns inziens in gelijke zin voor Nederland. Het standpunt van de Nederlandse wetgever acht ik dan ook niet houdbaar.⁶⁰

Lidstaten kunnen toepassing van uitzondering 3 voorkomen door in het nationale recht op te nemen dat ook werknemers van buitenlandse vestigingen aanspraak hebben op uitoefening van het nationale medezeggenschapsrecht. Dit houdt de Tiende Richtlijn niet tegen. Mijns inziens heeft de Europese wetgever daar ook op ingezet, nu artikel 16 lid 5 Tiende Richtlijn bepaalt dat de uitbreiding van de medezeggenschap tot buitenlandse werknemers niet betekent dat de buitenlandse werknemers meetellen bij de berekening van het aantal werknemers waarboven medezeggenschap geldt.⁶¹ Zowel Nederland als Duitsland heeft van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt.

4 Het alternatieve regime

4.1 Algemene beschouwingen

Indien een van de hiervoor genoemde uitzonderingen zich voordoet, blijft het nationale medezeggenschapsregime buiten toepassing ongeacht toekomstige ontwikkelingen.⁶² In plaats daarvan wordt een grensoverschrijdend systeem van medezeggenschap van toepassing, dat vorm krijgt volgens de beginselen en regels van de SE-Verordening en de bijbehorende SE-Richtlijn.⁶³ Dit principe is nader uitgewerkt in artikel 16 lid 3 Tiende Richtlijn. Op grond hiervan zijn enige bepalingen uit de SE-Verordening en de SE-Richtlijn integraal van toepassing bij een grensoverschrijdende fusie, behoudens eventuele uitzonderingen. Sommige van

59 Kamerstukken II 2006/07, 30 929. nr. 7, p. 19-20. Zie ook de algemene beraadslaging inzake het wetvoorstel wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de implementatie van Richtlijn nr. 2005/56/EG van het Europese Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (PbEU L 310) (30 929), d.d. 25 september 2007, p. 4-234.

60 In gelijke zin: Roest 2007 en Witteveen 2009.

61 Hiermee is getracht een evenwicht tot stand te brengen tussen de bescherming van de rechten van in andere lidstaten werkende werknemers en de vereisten in het nationale recht inzake drempels. Zie: Verslag van de Groep sociale vraagstukken van de Raad van de Europese Unie van 30 juni 2004 (12.07), 10934/04, p. 4.

62 Het alternatieve regime van de Tiende Richtlijn hanteert een begrip van medezeggenschap dat beperkt is tot het moment dat de grensoverschrijdende fusie van kracht wordt. Wijzigingen die zich na de fusie voordoen in de uit de fusie ontstane vennootschap waarbij nationale drempels voor bijvoorbeeld vermogen of personeelsomvang worden overschreden, hebben in beginsel niet tot gevolg dat opnieuw moet worden onderhandeld over de medezeggenschap. Voor een mogelijke uitzondering op deze regel vanwege misbruik wordt verwezen naar paragraaf 5.

63 Overweging 13 preambule Tiende Richtlijn.

deze uitzonderingen hebben te maken met de afwijkende systematiek van beide richtlijnen, terwijl anderen het gevolg zijn van voortschrijdend inzicht aan de kant van de Europese wetgever. Zo hebben de besturen van de deelnemende vennootschappen – in aanvulling op de SE-Richtlijn – het recht om zich zonder onderhandelingen direct aan de referentievoorschriften te onderwerpen (artikel 16 lid 4 (a) Tiende Richtlijn). Dit scheelt tijd en geld en verhoogt de aantrekkelijkheid van een grensoverschrijdende fusie. Daarnaast is het percentage in artikel 7 lid 2 SE-Richtlijn van 25% verhoogd tot 33,3%,⁶⁴ zodat de referentievoorschriften betreffende medezeggenschap minder snel van toepassing zijn.

In lijn met de Tiende Richtlijn verwijst de Nederlandse implementatiewet naar de toepasselijke bepalingen uit de Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen (hierna: WRW).⁶⁵ Artikel 2:333k lid 3 tot en met 8 BW bevat slechts de op de SE-Richtlijn aanvullende bepalingen. Anders dan de Adviescommissie vennootschapsrecht⁶⁶ acht ik dit een weinig efficiënte opzet. De verwijzingen maakt de al complexe medezeggenschapsbepaling nog moeilijker leesbaar. VNO-NCW heeft de minister hierop gewezen. De minister heeft desondanks vastgehouden aan de verwijzing, aangezien het uitschrijven van twintig artikelen de regeling evenmin toegankelijk zou maken. Dit heeft Duitsland er echter niet van weerhouden de bepalingen opnieuw uit te schrijven in de MgVG.

4.2 Bijzondere onderhandelingsgroep (BOG)

Met uitzondering van de situatie dat het bestuur zonder nadere onderhandelingen direct kiest voor de referentievoorschriften, moet altijd een bijzondere onderhandelingsgroep (BOG) worden ingesteld. De BOG is het door de Tiende Richtlijn aangewezen orgaan aan werknemerszijde om met de besturen van de deelnemende vennootschappen te onderhandelen over een overeenkomst inzake medezeggenschap. Het initiatief tot onderhandelen ligt bij de deelnemende vennootschappen. Op grond van artikel 3 lid 1 SE-Richtlijn doen zij zo spoedig mogelijk na openbaarmaking van het fusievoorstel het nodige om met de vertegenwoordigers van de werknemers in onderhandeling te treden over een regeling inzake medezeggenschap.

De BOG-leden worden aan een lidstaat toegewezen. Op grond van artikel 3 lid 2 sub (i) SE-Richtlijn bestaat recht op één lid in de BOG voor elke 10% (of een gedeelte daarvan) van de werknemers die in een bepaalde lidstaat in dienst zijn, berekend over het totaal aantal werknemers. Naast de werknemers van deelne-

64 Zie artikel 16 lid 3 (e) Tiende Richtlijn. De Franse en Spaanse delegatie wilden de drempelwaarde oorspronkelijk verhogen tot 50%. Zie: verslag van de Groep sociale vraagstukken van de Raad van de Europese Unie 30 juni 2004 (12.07), 10934/04, p. 10. Uiteindelijk hebben de lidstaten een compromis bereikt over een verhoging tot 33,3%. Bij de aanneming van de Tiende Richtlijn heeft Denemarken wel verklaard dat het het niet opportuun vond dat het percentage was verhoogd. Zie: Addendum bij de nota I/A-punt van het secretariaat van de Raad van de Europese Unie 5 september 2005, 2003/0277 (COD).

65 Wet van 17 maart 2005 tot uitvoering van Richtlijn 2001/86/EG van de Raad van de Europese Unie met betrekking tot de rol van de werknemers (PbEU L 294), Stb. 2005/167.

66 Advies van de Adviescommissie vennootschapsrecht over grensoverschrijdende fusies (datum onbekend), p. 8.

mende vennootschappen zijn ook de werknemers van betrokken dochterondernemingen en buitenlandse vestigingen relevant. Hoewel artikel 3 lid 2 sub (i) SE-Richtlijn uitgaat van 'in dienst zijn', lijkt mij bepalend in welke lidstaat de werknemer werkzaam is. Een andere uitleg acht ik niet te verenigen met het gegeven dat werknemers van buitenlandse vestigingen bekend zijn met de waarden en normen van het land waar ze werkzaam zijn.

Voor de samenstelling van de BOG is voorts sub (ii) van artikel 3 lid 2 (a) SE-Richtlijn van belang. Sub (ii) bevordert dat de werknemers van elke *deelnemende vennootschap* die door de fusie zal ophouden te bestaan als afzonderlijke rechtspersoon, zo veel mogelijk worden vertegenwoordigd in de BOG. Aan deze werknemers worden extra zetels toegekend voor zover zij ingevolge de hoofregel niet in de BOG zijn vertegenwoordigd. Zo heeft Nederland bijvoorbeeld recht op twee extra zetels indien Nederland ingevolge de hoofregel één zetel in de BOG krijgt toegewezen, terwijl drie deelnemende Nederlandse vennootschappen ophouden te bestaan als gevolg van de grensoverschrijdende fusie. Het toekennen van extra zetels kent twee beperkingen: (a) het aantal extra leden mag niet hoger zijn dan 20% van het aantal BOG-leden zoals vastgesteld volgens de hoofregel, en (b) de samenstelling van de BOG mag niet leiden tot een dubbele vertegenwoordiging van de betrokken werknemers. Wat is bedoeld met *dubbele vertegenwoordiging* is onduidelijk. De Nederlandse wetgever heeft het begrip zo geïmplementeerd dat alleen dan sprake is van 'dubbele vertegenwoordiging' indien de deelnemende vennootschap die in aanmerking komt voor een extra lid reeds vertegenwoordigd wordt door een werknemer die werkzaam is in die deelnemende vennootschap.⁶⁷

Is de samenstelling van de BOG bepaald, dan geschiedt de aanwijzing of verkiezing van de BOG-leden per lidstaat en op een wijze die door de lidstaat is bepaald. Daarop zijn evenveel rechtsstelsels van toepassing als het aantal lidstaten waarin deelnemende vennootschappen, betrokken dochterondernemingen en vestigingen zijn gevestigd. In zowel Nederland als Duitsland vindt de verkiezing plaats door de (centrale)ondernemingsraden gezamenlijk.⁶⁸ Naast werknemers kunnen in beide lidstaten ook vakbondsleden tot BOG-lid worden verkozen.⁶⁹ De besluitvorming binnen de eenmaal opgerichte BOG geschiedt op grond van een dubbele versterkte meerderheid, dat wil zeggen een volstreekte meerderheid van de leden die tevens de volstreekte meerderheid van de werknemers vertegenwoordigen. Indien de BOG besluit tot een inperking van medezeggenschap en de medezeggenschap ten minste 25% van het totaal aantal werknemers van de deelnemende

67 Artikel 1:9 WRW. In Duitsland is de tekst uit de Tiende Richtlijn zonder nadere motivering overgenomen in § 7 Abs. 2 MgVG.

68 Artikel 1:10 WRW en § 11 MgVG.

69 De Bundesrat heeft in zijn stellingname van 22 september 2006 kritiek geleverd op de bepaling dat bij meer dan twee Duitse BOG-leden het derde lid verplicht een vakbondsvertegenwoordiger moet zijn. Dit zou in strijd zijn met de Tiende Richtlijn. Zie: Stellingnahme Bundesrat vom 22.9.2006, Br-Dr 540/06 (Beschluss), p. 3. Nadat de Bundestag het wetsvoorstel zonder veranderingen had aangenomen, heeft de Bundesrat het protest alsnog ingetrokken.

vennootschappen⁷⁰ bestrijkt, zijn de stemmen vereist van twee derde van de leden die ten minste twee derde van de werknemers uit twee lidstaten vertegenwoordigen. Of van inperking sprake is, wordt bepaald aan de hand van de 'hoogste aantal-doctrine'.⁷¹ De Duitse implementatiewet verstaat onder inperking ten onrechte ook een kwalitatieve inperking.⁷² Hoewel de Bundesrat de regering hierop heeft geattendeerd,⁷³ is het artikel niet aangepast.

4.3 *Onderhandelingen*

Het primaat voor de vaststelling van medezeggenschap in het alternatieve regime ligt bij onderhandelingen. De onderhandelingen vinden plaats tussen de BOG en de bevoegde organen van de rechtstreeks aan de fusie deelnemende vennootschappen. Dit zullen in beginsel de besturen zijn. Het onderhandelingsproces kenmerkt zich door contractsvrijheid. Beide partijen zijn binnen bepaalde grenzen met betrekking tot de besluitvorming binnen de BOG vrij om over de medezeggenschap af te spreken wat ze willen (autonomie van partijen). Dit biedt de mogelijkheid tot een overeenkomst op maat voor de uit de fusie ontstane vennootschap. Bovendien kan hierdoor worden aangesloten bij de wetgeving, principes en culturen op het gebied van medezeggenschap van het recht van de deelnemende vennootschappen en de betreffende werknemers.

De Tiende Richtlijn is in navolging van de SE-Richtlijn spaarzaam waar het gaat over de inhoudelijke kant van de overeenkomst. Artikel 4 lid 2 SE-Richtlijn bevat een aantal voorschriften c.q. onderwerpen ten aanzien van de inhoud van de overeenkomst. In het Brussels coördinatieoverleg over de toepassing van de SE-Richtlijn werd gesteld dat genoemde onderwerpen gelden als minimumvoorschriften.⁷⁴ Ook de Nederlandse implementatiewet gaat hiervan uit.⁷⁵ Naar mijn oordeel is dit niet juist. Uit de woorden 'onverminderd de autonomie van partijen' in artikel 4 lid 2 SE-Richtlijn volgt dat het partijen vrijstaat deze onderwerpen wel of niet in de overeenkomst op te nemen. De genoemde onderwerpen zijn niet meer dan een aanwijzing.⁷⁶ Wel zal in de overeenkomst iets over medezeggenschap moeten worden opgenomen. Gebeurt dit niet, dan is er geen overeenkomst

70 De Duitse implementatiewetgeving acht in § 17 Abs. 3 MgVG ten onrechte ook de werknemers van betrokken dochtervennootschappen relevant voor het percentage van 25%. Dit geldt eveneens voor het percentage van 33,3% in § 23 Abs. 3 MgVG.

71 Artikel 3 lid 4 laatste alinea SE-Richtlijn gaat uit van inperking indien de medezeggenschap in de overeenkomst geringer is dan het hoogste gedeelte dat in de deelnemende vennootschappen van toepassing was. Hieruit blijkt dat aansluiting is gezocht bij de 'hoogste aantal-doctrine'.

72 Zie § 17 Abs. 4 Nr. 2 MgVG. Behrens merkt terecht op dat de Duitse wet op dit punt in strijd is met de Tiende Richtlijn, Behrens 2007, p. 186 en 200.

73 Stellingname Bundesrat vom 22. 9. 2006, BR-Dr 540/06 (Beschluss).

74 Rapport van de Group of Experts van 27 juni 2003, 'Conclusions of the expert groep', p. 8.

75 De Nederlandse wet spreekt in artikel 1:18 lid 1 WRW van 'ten minste'. De Duitse wet heeft de tekst 'onverminderd de autonomie van partijen' in § 22 MgVG zonder nadere motivering overgenomen.

76 Eenzelfde redenering hanteert Honée ten aanzien van de EOR-Richtlijn, H.J.M.N. Honée, 'Communautaire medezeggenschap', NV 1994, 11. Dit neemt overigens niet weg dat het is aan te raden de in artikel 4 lid 2 SE-Richtlijn genoemde onderwerpen in de overeenkomst op te nemen.

in de zin van artikel 4 SE-Richtlijn en worden na afloop van de onderhandelings-termijn de referentievoorschriften van toepassing.

Voor de BOG bestaat geen verplichting tot onderhandelen. De Tiende Richtlijn biedt de BOG de mogelijkheid af te zien van het openen van onderhandelingen of reeds geopende onderhandelingen te beëindigen. Dit besluit moet worden genomen met de stemmen van twee derde van de leden van de BOG die ten minste twee derde van de werknemers uit twee lidstaten vertegenwoordigen. Het besluit heeft tot gevolg dat de ontstane vennootschap onderworpen raakt aan het nationale recht inzake medezeggenschap (indien van toepassing). Besluit de BOG af te zien van onderhandelingen of deze af te breken, dan is daarmee de kous af. Anders dan bij de oprichting van de SE, hoeft de uit de fusie ontstane vennootschap de BOG na twee jaar niet bijeen te roepen voor hernieuwde onderhandelingen.

4.4 Referentievoorschriften

De referentievoorschriften bevatten dwingende bepalingen over de medezeggenschap en kunnen op drie manieren van toepassing zijn. Allereerst doordat partijen dit overeenkomen. Ten tweede door tijdsverloop indien de onderhandelingen binnen zes maanden (met mogelijke verlenging tot een jaar) niet tot een overeenkomst leiden en het bestuur besluit de fusie door te zetten. In beide gevallen⁷⁷ vereist artikel 16 lid 3 (e) Tiende Richtlijn jo. artikel 7 lid 2 (b) SE-Richtlijn dat:

- i) ten minste 33,3% van het totaal aantal werknemers van de deelnemende vennootschappen voorafgaand aan de fusie was onderworpen aan enige vorm van medezeggenschap, of
- ii) de BOG ondanks de drempelonderschrijding daartoe besluit.’

Indien niet aan een van deze twee voorwaarden is voldaan, ontstaat een medezeggenschapsvrije vennootschap die in beginsel medezeggenschapsvrij blijft nu de uit de fusie ontstane vennootschap niet is onderworpen aan de medezeggenschapsbepalingen van het nationale recht.⁷⁸

Ten derde hebben de betrokken organen van de deelnemende vennootschap de mogelijkheid de referentievoorschriften direct (dus zonder onderhandelingen) van toepassing te verklaren. Dit volgt uit artikel 16 lid 4 (a) Tiende Richtlijn. Deze aanvulling op de SE-Richtlijn is op Brits voorstel in de Tiende Richtlijn opgenomen en wordt in het algemeen beschouwd als verbetering.⁷⁹ Het bestuur kan hiermee onzekerheden vermijden, tijd winnen en kosten besparen. Het is niet duidelijk of het hiervoor geciteerde artikel 7 lid 2 (b) SE-Richtlijn tevens in deze situatie van toepassing is. De Nederlandse en Duitse wetgever hebben hierover een ver-

77 Hoewel artikel 7 lid 2 (b) SE-Richtlijn ook geldt indien de onderhandelingspartijen de referentievoorschriften bij overeenkomst van toepassing hebben verklaard, heeft deze bepaling weinig toegevoegde waarde nu de BOG reeds heeft ingestemd met de referentievoorschriften en het niet aannemelijk is dat de BOG dit standpunt bij een onderschrijding van de drempelwaarde zal wijzigen.

78 Zie noot 62.

79 Nagel 2007 en Pannier 2005.

schillend standpunt ingenomen. In tegenstelling tot de Nederlandse wet heeft de Duitse wet het artikel wel van overeenkomstige toepassing verklaard. Naar mijn oordeel is dit niet juist.⁸⁰ Daarbij acht ik doorslaggevend dat de tekst van artikel 16 lid 4 (a) Tiende Richtlijn direct verwijst naar de referentievoorschriften en na lid 3 in de Tiende Richtlijn is opgenomen.

Zijn de referentievoorschriften van toepassing, dan bepaalt deel 3 van de bijlage onder b) SE-Richtlijn hoe de medezeggenschap conform de referentievoorschriften gestalte krijgt. Kort gezegd krijgen de werknemers in de uit de fusie ontstane vennootschap⁸¹ op basis van de referentievoorschriften het recht tot medezeggenschap volgens de hoogste aantal-doctrine. Voor een beschrijving van deze doctrine verwijs ik naar paragraaf 3.4. De referentievoorschriften bepalen niets over de vorm van medezeggenschap (het recht tot kiezen, benoemen, het maken van bezwaar en/of het doen van aanbevelingen). Indien binnen de deelnemende vennootschappen één vorm van medezeggenschap bestaat, wordt deze vorm ook van toepassing op de uit de fusie ontstane vennootschap. Kennen de deelnemende vennootschappen verschillende vormen van medezeggenschap, dan besluit de BOG welke vorm na de fusie wordt ingevoerd (artikel 7 lid 2 laatste alinea SE-Richtlijn).⁸²

5 (Anti)misbruik

Hoewel de Tiende Richtlijn bij grensoverschrijdende juridische fusies garanties biedt inzake (het behoud van) medezeggenschap, realiseerden de lidstaten zich dat het resultaat eenvoudig kon worden ondermijnd door een opvolgende nationale fusie met een nationale vennootschap die als verkrijgende partij optreedt. Om dergelijk misbruik tegen te gaan is artikel 16 lid 7 in de Tiende Richtlijn opgenomen. Indien de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap werkt met een stelsel van medezeggenschap en binnen drie jaar nationaal fuseert, zijn op grond van dit artikel de bepalingen van het alternatieve regime op gelijke wijze van toepassing.

De misbruikbepaling ziet op nationale fusies. In de Tiende Richtlijn wordt hieronder de juridische fusie verstaan. Maar hoe zit het als de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap binnen een termijn van drie jaar een bedrijfs-onderdeel koopt van een andere vennootschap en als gevolg daarvan een aanzienlijk aantal werknemers overneemt? Anders dan bij een juridische fusie behoudt de vennootschap bij een dergelijke bedrijfsfusie haar rechtsvorm, zodat ook de

80 Anders: P.M. Storm, 'Cross-border mergers, the Rule of Reason and Employee Participation', ECL 2006, 3, issue 3, p. 136.

81 Hieronder worden de werknemers uit deelnemende vennootschappen alsook de werknemers uit betrokken dochterondernemingen en buitenlandse vestigingen verstaan. Dit volgt uit deel 3 van de bijlage onder b eerste alinea SE-Richtlijn.

82 Witteveen acht dit een paradoxale en waarschijnlijk niet bedoelde situatie. Aan de alternatieven die inhouden dat ofwel de 'hoogste aantal-doctrine' ofwel de door de BOG te maken keuze prevaleert, kleven volgens Witteveen tevens bezwaren. De vraag hoe deze door hem geconstateerde onduidelijkheid moet worden opgelost, beantwoordt hij vervolgens echter niet. Zie: Witteveen 2004, p. 189.

medezeggenschap blijft bestaan. Aan de andere kant heeft de personeelstoename geen invloed op de medezeggenschap die geldt op grond van overeenkomst of referentievoorschriften.⁸³ In lidstaten waar de mate van medezeggenschap afhankelijk is van drempels voor personeelsomvang (zoals Duitsland), kan op deze wijze van de Tiende Richtlijn handig gebruik c.q. misbruik worden gemaakt. Het volgende voorbeeld illustreert dit:

Een Duitse GmbH met 550 werknemers fuseert met een Nederlandse vennootschap die niet is onderworpen aan het structuurregime. De statutaire zetel komt te liggen in Duitsland. Op grond van de eerste uitzondering is het alternatieve regime van toepassing. Partijen komen niet tot een overeenkomst, zodat de werknemers op grond van de referentievoorschriften een recht tot medezeggenschap krijgen tot een derde van de leden van de Aufsichtsrat. Amper twee weken na de grensoverschrijdende fusie neemt de Duitse vennootschap een bedrijfsonderdeel over met in totaal 2000 werknemers. Deze personeelstoename heeft geen invloed op de medezeggenschapsrechten die gelden op grond van de referentievoorschriften, terwijl het Duitse nationale recht bij een vennootschap met meer dan 2000 werknemers medezeggenschap toekent tot de helft van de leden van de Aufsichtsrat.

Het is de vraag of werknemers hiertegen iets kunnen ondernemen. Een bedrijfsfusie valt niet onder het fusiebegrip van de Tiende Richtlijn en wordt dus niet bestreken door artikel 16 lid 7. Ten aanzien van de SE wordt wel gesteld dat een structurele verandering (zoals een overschrijding van drempels door personeelsomvang) na de oprichting moet leiden tot een hernieuwde onderhandelingsplicht.⁸⁴ Deze plicht wordt gebaseerd op de algemene misbruikbepaling van artikel 11 in combinatie met overweging 18 preambule SE-Richtlijn. Artikel 11 SE-Richtlijn is in de Tiende Richtlijn echter niet van overeenkomstige toepassing verklaard.⁸⁵

Zijn er andere mogelijkheden? In de arresten Mangold⁸⁶ en Küçükdeveci⁸⁷ heeft het Hof van Justitie aan richtlijnen die algemene rechtsbeginselen van EU-recht

83 Deze problematiek doet zich uiteraard niet voor indien de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap op grond van de hoofdregel is onderworpen aan het nationale recht. In die situatie bepaalt het nationale recht of in de medezeggenschapsrechten van de werknemers een verandering optreedt als gevolg van het overschrijden van drempels voor vermogen of personeelsomvang.

84 Uitspraak van het Oberlandesgericht Düsseldorf d.d. 30 maart 2007, 1-3 Wx 248/08. Zie ook de noot van R.H van het Kaar in TRA 2010, 30.

85 In eerdere voorstellen was dit nog wel het geval, zie: COM(2003)703 def., p. 15.

86 HvJ EG 22 november 2005, zaak C-144/04 (Mangold), JAR 2005/289.

87 HvJ EU 19 januari 2010, zaak C-555/07 (Küçükdeveci), JAR 2010/53.

concretiseren, horizontale werking toegekend.⁸⁸ Hoewel het Hof van Justitie meerdere malen heeft geoordeeld dat het gemeenschapsrecht geen vrijbrief is om daar misbruik van te maken,⁸⁹ wordt in de literatuur⁹⁰ verschillend gedacht over de vraag of het verbod op misbruik een algemeen rechtsbeginsel betreft.⁹¹ Ook het recht op medezeggenschap is geen Europees algemeen rechtsbeginsel. Het ligt meer voor de hand een oplossing te zoeken via het nationale recht. De meeste lidstaten kennen in hun nationale recht een algemene misbruikbepaling. Het Hof van Justitie heeft in het Kefalas-arrest⁹² overwogen dat gerechtelijke instanties een nationale rechtsregel inzake rechtsmisbruik kunnen toepassen om te beoordelen of van een uit een gemeenschapsbepaling voortvloeiend recht misbruik wordt gemaakt.⁹³ Toegepast op voornoemde casus (zie kader) zouden de werknemers op grond van de nationale misbruikbepaling kunnen stellen dat de uit de fusie ontstane vennootschap artikel 16 Tiende Richtlijn heeft misbruikt door werknemers rechten met betrekking tot hun medezeggenschap te ontnemen.⁹⁴ Dit zal moeilijker te bewijzen zijn naarmate er meer tijd zit tussen de grensoverschrijdende fusie en de personeelstoename.

6 Conclusie

Binnen de 27 lidstaten van de Europese Unie bestaan verschillende tradities op het gebied van vennootschappelijke medezeggenschap. In de helft van de lidstaten bestaat geen medezeggenschap, terwijl de medezeggenschap in de andere helft wezenlijk verschilt qua vorm en niveau. Het compromis van artikel 16 Tiende Richtlijn heeft getracht hierin een middenweg te vinden. Door in hoofdzaak aan te sluiten bij het nationale recht heeft de Europese wetgever gemeend grensoverschrijdend fuseren voor het bedrijfsleven zo eenvoudig mogelijk te

88 Hierbij moet worden opgemerkt dat het in Mangold en Küçükdeveci ging het om de algemene beginselen van gelijke behandeling/non-discriminatie. Het is op voorhand niet duidelijk of ook andere algemene beginselen voor eenzelfde toepassing in aanmerking komen. Zie hierover uitgebreid: H. de Waele & I. Kieft, 'De doorwerking van richtlijnen en algemene beginselen van EU-recht. De stand van zaken na het arrest Küçükdeveci', NTER 2010, en D.F. Berkhout, 'Discriminatie, directe doorwerking van rechtsbeginselen en doorwerking van richtlijnen' ArA 2010, 9.

89 Zie voor de vrijheid van vestiging HvJ EG 13 december 2005, zaak C-212/97 (Centros).

90 Van Kesteren is van mening dat dit voor het belastingrecht wel het geval is: J.W. van Kesteren, Misbruik van het recht in de omzetbelasting, Alphen aan de Rijn: Kluwer 2004, p. 11. De Waele & Kieft noemen in hun artikel misbruik van recht niet als rechtsbeginsel, De Waele & Kieft 2010.

91 Ik merk hierbij nog op dat voor zover het HvJ EG aan algemene rechtsbeginselen van EU-recht al horizontale werking heeft toegekend, dit tot gevolg had dat nationale wetgeving buiten toepassing werd gelaten. In onderhavige situatie zou een beroep op rechtsmisbruik ertoe leiden dat de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap opnieuw moet onderhandelen over de medezeggenschap, hetgeen een verplichting oplegt.

92 HvJ EG 12 mei 1998, zaak C-367/96 (Kefalas).

93 Uit r.o. 22 van het Kefalas-arrest blijkt dat het beroep op een dergelijke bepaling geen afbreuk mag doen aan de volle werking en de eenvormige toepassing van de gemeenschapsbepalingen in de lidstaten en mag met name de reikwijdte van de bepalingen niet wijzingen of de doeleinden die daarmee worden nagestreefd in gevaar brengen.

94 In lijn met artikel 16 lid 7 Tiende Richtlijn zou dit kunnen leiden tot een hernieuwde onderhandelingsplicht voor de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap.

maken. De Europese wetgever is slechts ten dele in deze opzet geslaagd. Artikel 16 lid 2 tot en met 7 Tiende Richtlijn kent een zeer complexe regeling. Dit vergroot de populariteit van een grensoverschrijdende juridische fusie niet. Zo is het op voorhand vaak lastig te voorspellen of een van de drie uitzonderingen opgaat en/of hoe het alternatieve regime moet worden toegepast. Bovendien toont de rechtsvergelijking tussen Nederland en Duitsland aan dat in beide rechtsstelsels bepaalde begrippen anders zijn geïmplementeerd en/of verschillend worden geïnterpreteerd. Een voorbeeld is de vraag naar medezeggenschap. Duitsland gaat ervan uit dat de werknemer zelf in het orgaan zitting moet nemen en het werknemersbelang behartigt, terwijl dat in Nederland niet is vereist. Door oplossingen aan te dragen voor gesignaleerde knelpunten heb ik met dit artikel getracht de toepasbaarheid van artikel 16 Tiende Richtlijn te bevorderen. Het blijft evenwel een complexe materie.